

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2009120019

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

民间金融行为的刑法规制

——以“吴英”案为视角

Criminal Regulation of the private financial behavior

——Wu Ying case Perspective

陈世铁

指导教师姓名: 李 兰 英 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2013 年 4 月

论文答辩时间: 2013 年 5 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013 年 4 月

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

☐ 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 2013 年 12 月 1 日解密，解密后适用上述授权。

☐ 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

摘 要

在转型中国的现有经济体制之下，民间金融正以异样的生命力蓬勃发展。对于民间金融融资行为是否应当入罪、如何入罪理论实务界一直存在争论。本文以吴英案件为视角，分析吴英案件的罪与非罪，分析吴英群体的行为是否符合现代商业和法律的规律。重点评析司法机关对民间金融融资的“无限制入罪”的做法，认为是刑事司法中行政权、司法权对立法权的侵蚀，从根本上来说是罪刑法定原则的极大破坏。作者的结论是：这种做法忽视了非刑事法律对社会的自我调节功能和经济规律的杠杆平衡，其必然的后果就是对刑法功能定位的错位，导致对民间金融犯罪追究的“泛滥”，违反了刑罚的谦抑原则。应该谨慎合理地对待民间金融行为。

本文共分为四章。第一章主要阐述民间金融的犯罪案例，从“吴英案”、“小北鲸案”等两起典型案例引发对民间金融行为的反思和困惑。第二章主要阐述了对民间金融行为的犯罪因果，论述了民间金融合法性地位之争论，并介绍了理论界关于民间金融行为入罪的正当性依据，介绍了当前主导思想刑法优先介入民间金融领域的依据，进而论证民间金融行为泛刑法化的非正当性，从现有刑事制裁体系对民间融资行为的错位表现及所涉罪名的本质对比，推导出必须对民间金融行为的犯罪价值进行评估，方可采用刑事制裁手段；第三章立足于民间金融行为的犯罪价值评估，分析民间金融行为的积极性价值和消极性价值，阐述了民间金融行为的犯罪价值适用原则，进而推导出公权力介入民间金融行为的刑事底线；第四章主要阐述了对民间金融行为的刑法规制建议，从指导思想、基本原则、认识误区几个方面提出了详细具体的建议和措施。

关键词：民间金融行为；犯罪价值评估；刑法规制建议

Abstract

Under the transformation of the existing economic system, private financial strange vitality flourish. For private financial financing behavior should incriminate incriminate theory practitioners has been debated. The Perspective Wu Ying case analysis of the Wu Ying case Zuiyufeizui analysis of the Wu Ying groups behaviors are consistent with the law of modern commercial and legal. Key Analysis of the judiciary the private financial financing unlimited incriminate "approach that is the erosion of the criminal justice regime Bank of China, the jurisdiction of the legislative power, from the fundamental principle of legality greatly damaged. The authors concluded that: this approach ignores the non-criminal legal leverage balance of social self-regulation and economic laws, the inevitable consequence Improper positioning of the function of criminal law, leading to "flood" of private financial crime investigated violation the Humility and principles of the penalty. Should be prudent and reasonable treatment of private financial behavior.

This paper is divided into four chapters. The first chapter on private financial crime cases, from two typical case of Wu Ying case, a small northern whale case lead to reflection and confusion of private financial behavior. The second chapter describes the causal behavior of private financial crime, discusses the legality of the private financial status of the controversy, and theorists on the behavior of private financial incriminating basis of legitimacy, the guiding philosophy of criminal law involved in the civil financial the basis of the field, further argues that the acts of private financial Pan Criminal Law of the non-legitimacy from the existing criminal sanctions system of private financing behavior dislocation and the nature of the offenses covered by contrast, is derived the value of private financial criminality of the act must be evaluated before criminal sanctions; Chapter III is based on the behavior of private financial crime value assessment, analysis of the behavior of private financial positive value and negative value of the applicable principles of the value of private financial criminality of the act, and then deduce the public authority intervention private financial bottom line of criminal behavior; Chapter elaborated on the Criminal Regulation suggestions of the private financial behavior, several aspects of the detailed proposals and measures from the guiding ideology, basic principles,

misunderstanding.

Keywords: Private financial behavior; Crime value assessment; Criminal regulation proposals

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

第一章 民间金融犯罪案例的本源追溯	1
第一节 “吴英案”、“小北鲸案”的案例思考	1
一、典型的案例回顾	1
二、案例的反思	3
第二节 民间借贷在转型中国金融经济体制下的生存病态	4
一、民间借贷界定的概念与表现形式	5
二、转型中国背景下民间借贷的生存病态	6
三、民间借贷的成因分析	7
第二章 民间金融行为的因果源说	10
第一节 有关民间金融合法性地位的争论	10
一、民间金融的性质区分	10
二、民间金融的发展动因	11
第二节 民间金融行为的入罪正当化分析	11
一、民间高利贷具备刑法语境下的犯罪特征	12
二、民间高利贷应入罪论断之下的刑法规制理论基础	14
三、民间高利贷民间高利贷行为入罪的法律考量	14
第三节 民间金融行为泛刑法化的非正当性	16
一、金融垄断下民间金融行为的现实反差	16
二、现有刑事制裁体系对民间融资行为的错位	18
三、涉及民间金融犯罪三种罪名的本质剖析	22
第三章 民间金融行为的犯罪价值评估	25
第一节 民间金融行为的犯罪价值内涵	25
一、民间金融行为的存在价值评判	25
二、民间金融行为之犯罪价值适用原则	26
第三节 公权力介入民间金融行为的刑事底线	29

一、民间金融融资行为的“无限制入罪”的弊端	29
二、法律对经济主体实施保护	29
三、公权力介入民间金融行为的底线考量	30
第四章 民间金融行为的刑法规制建议	31
一、指导思想和基本原则	31
二、走出“民事案件刑事化”的认识误区	31
三、建立借贷登记中心，加强契约信用和保护	32
四、建立民间金融行为监测体系	33
五、犯罪预警和监管	33
六、立法详细厘定罪与非罪法律界限	34
七、杜绝以权谋私、借用刑法手段打击民间金融行为	34
八、建立司法审查标准，圈囿民间金融领域的刑事打击	35
结 语	36
参考文献	38

Contents

Chapter 1	The Origin of Private Financial Crime Cases	1
Subchapter 1	Thoughtfulness on“Wuying Case” And “Small Northern Whale Case”	1
Section 1	Review of Typical Cases	1
Section 2	Thoughtfulness on Typical Cases	3
Subchapter 2	Morbid Morbid of Private Lending in The Transformation of China's Financial Economic System	4
Section 1	Definitions of Private Lending	5
Section 2	Morbid Morbid of Private Lending	6
Section 3	Cause Analysis of Private Lending	7
Chapter 2	The Criminal Origins of Private Finance	10
Subchapter 1	Debate on The Legitimacy of The Status of The Private Finance	10
Section 1	Nature of The Private Finance	10
Section 2	Causes of The Private Finance’S Development	11
Subchapter 2	Just Analysis of Private Financial Incrimination	11
Section 1	Criminal Characteristics of Civil Usury in The Context of Criminal Law	12
Section 2	Theoretical Bases of The Civil Usury Incrimination	14
Section 3	Legal Considerations of The Civil Usury Incrimination	15
Subchapter 3	The Non-Legitimacy of Private Financial Pan Criminal Law	16
Section 1	Realistic Contrast of Private Finance Under Financial Monopol	16
Section 2	Dislocation of The Existing Criminal Sanctions System on Private Finance	18
Section 3	Essential Analysis on Three Kinds of Civil Financial Crime	22
Chapter 3	Value Assessment of Private Financial Crime	25
Subchapter 1	The Value Connotation of Private Financial Crime	25
Section 1	Existential Value Judgment of Private Finance	25

Section 2	Applicable Principles of the Private Financial Crimes Value.....	26
Subchapter 2	The Criminal Bottom Line of Authorities Intervene in The Private Finance	29
Section 1	The Drawbacks of Unlimited Incrimination on Private Finance	29
Section 2	Legal Protection on Economic Agents	29
Section 3	Considerations on The Criminal Bottom Line of Authorities Intervene in The Private Finance	30
Chapter 4	Suggestions on Criminal Regulation Of The Private Finance	31
Section 1	Guiding Ideology And Basic Principles	31
Section 2	Out of The Misunderstanding of Criminalizing Civil Cases.....	31
Section 3	To Establish Borrowing Registration Centre For Strengthening Contract Credit And Protection	32
Section 4	To Establish Private Financial Monitoring System	33
Section 5	Crime Warning And Regulation	33
Section 6	Legislation In Detail To Determine Legal Boundaries of Crime or Noncrime	34
Section 7	To End The Abuse of Power -- Using The Criminal Law to Hit Private Finance	34
Section 8	Establishing Standards of Judicial Review to Limit Criminal Attack in Private Finance	35
Conclusion		36
Bibliography		38

第一章 民间金融犯罪案例的本源追溯

第一节 “吴英案”、“小北鲸案”的案例思考

一. 典型的案例回顾

【案例一】吴英“本色集团”非法集资案^①

吴英，女，1981年生，浙江金华东阳市人。2006年4月到10月，25岁的吴英接连注册成立了12家企业，其中的8家以子公司名义组成本色控股集团有限公司，这些公司大部分都位于东阳同一条冷清的街道上。短短半年，她便将东阳的这条“冷街”打造成一条繁华的商业街。26岁时吴英跻身胡润“女富豪榜”第6位，身家38亿！支撑这个迅速崛起的商业体的是涌动在浙江民间的高额利贷，以及吴英的果敢、智慧。

媒体报道，在事先没有任何征兆的情况下（至少在本色普通员工和市民看来），本色集团在东阳的所有门店，全部被警方控制。当晚，政府发布公告，宣布吴英已被当地公安机关刑事拘留，理由是涉嫌非法吸收公众存款，本色集团也同时被立案调查，与本色有关的债权债务，开始登记。

2012年1月18日下午，浙江省高级人民法院对被告人吴英集资诈骗一案进行二审宣判，裁定驳回被告人吴英的上诉，维持对被告人吴英的死刑判决，依法报请最高人民法院复核。最高人民法院复核发回重审，再审改判死缓。目前仍未尘埃落定，但至少吴英已从鬼门关捡回一命。

两审终审，案子却并没有真正结束。除了最高人民法院死刑复核依然在进行之中外，民间和知识界却对判决争议极大。著名经济学家张维迎直言：“吴英案表明中国离自由的市场经济至少还有200年。”随着吴英被抓判刑，“本色集团”已飞灰湮灭，曾经庞大的经济实体下的无数雇员，因而失业。

【案例二】刘建文“晋江小北鲸”非法集资案^②

刘建文，是晋江美容行业的名人，祖籍惠安，在晋江某住宅小区经营“晋江小白鲸美容美发厅”。

^① 根据网络吴英案报导改编。

^② 根据泉州市中级人民法院（2010）泉刑初字第150号刑事判决书改编。

检方指控：2006年初至2008年5月间，其以加入“小白鲸会员俱乐部”具有高额回报为诱饵，利用顾客到其美发厅之际，通过广告单大肆虚假宣传，吸引大量群众与其签订“入会协议”，非法向社会公众63人集资共计284万元(其中返还“本金”、“红利”129.662万元)。

2007年初，刘建文与另一名股东丁某合伙策划创建“小白鲸(晋江)城市花园度假村”，并于2007年5月份开始，以此为幌子，以良好的经济效益和优厚的红利为诱饵，通过虚假广告公开向社会宣传，吸引大量群众与其签订“投资合同书”、“入股协议书”，骗得社会公众115人信任向该度假村投入共计3025万元(其中返还“红利”、“利息”84.7833万元)。

自2005年10月至2009年7月间，两人还共同或分别许以高息为诱饵，通过借款方式，向社会36名群众和单位骗取共计1789.96万元(其中返还“本金”、“利息”228.8675万元)。

上述款项由刘某直接收取或由丁某收取后统一交给刘进行处理。经查证，仅2117.856138万元投入该度假村的基建、装修及缴纳租金，其余2383.453062万元拒不提供相关账目说明去向。2009年7月，刘逃匿。同年8月，两人相继被抓获。

法院审理后认为，刘、丁是将集资款投资到小白鲸度假村的建设，没有隐瞒真相、捏造资金用途，即没有使用诈骗方法非法集资。现有的证据难以认定刘、丁二人存在集资后不用于生产经营活动非法占有所集资资金的行为，故不宜认定刘、丁具有非法占有的目的。同时没有证据可证实刘、丁有挥霍、使用集资款进行违法犯罪活动或有隐匿、销毁账目、搞假破产、倒闭和将集资款用于炒股、炒期货等高风险的投资项目等行为。因此，刘、丁的行为不符合集资诈骗罪的构成要件。但刘、丁未经有关部门依法批准，借用合法经营的形式吸收资金，通过发送传单等途径向社会公开宣传，承诺在一定期限内以货币、股权等方式还本付息、给付回报，向社会公众吸收数额巨大的资金，其行为符合非法吸收公众存款罪的构成要件，应以非法吸收公众存款罪来定罪处罚。对刘判处有期徒刑九年六个月、对丁判处有期徒刑六年。一审宣判后，刘、丁均提出上诉，福建省高级人民法院作出驳回上诉，维持原判的终审裁定，现已发生法律效力。

二、案例的反思

对比上述两起案例，不难看出，“吴英案”和“刘建文案”在案发之前均是合法经营的商人，均有正当营生且具备一定的社会经济基础和地位。但为何两起案件情节相似，处置结果却不尽相同？一处死刑，一判有期徒刑；一靠媒体披露舆论救赎，方得刀下留人。一却实事求是，纠正检控罪名。两相比较，为何会有如此之不同境遇？是浙江和福建两省对刑法有不同的适用标准吗？还是有别的什么深层次的原因推动了他（她）们的命运轨迹走向不同的方向？

针对吴英案，张维迎先生说：“吴英案意味着中国公民没有融资的自由，中国获得融资仍是一种垄断特权，而非一种基本权利，吴英案，就是 11 个给他借款的富人都不承认自己被骗了，财产在没有得到本人同意的情况下就被强制拍卖了，意味着国人的企业家精神仍饱受摧残。非法集资概念是一个很重的帽子，社会存在欺诈，我们可以用欺诈罪来解决这些问题，不需要定义非法，法律本身不需要用非法这个概念”。所谓非法，也就是未经政府行政许可，你去做了；或者没有行政的许可，你却经营了，这就是“非法”，非属法律许可的范围，超出了、过限了，均要科以处罚：或罚款、或停业、或查扣、追缴、或判刑。

在我国，长期以来存在的权力和财富之间的一种畸形、变态的关系：财富自己往往不能决定自己的所有（产权）和分配（份额），决定财富所有（产权）和分配（份额）的主要因素是权力，或者准确地说，是政治权力；或者说，权力的分配决定财富的分配，或者说，权力占有的多少、大小决定财富占有的多少、大小。我国宪法第十三条规定“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”所以说，私有财产能保护前提要求必须是合法的。什么是合法的，那就是靠“非法手段”获取的财产得不到保护。

近年来，受 2008 年全球金融危机的影响，人民法院审理的民间借贷纠纷数量迅速攀升，大量民间借贷背后隐含着市场对资金和资本需求的同时，也伴随着大量的“高利贷”现象和非法集资案件的增加，导致群体性事件、恶性追债案件频发。^①也正因为如此，有论者主张应当对民间高利贷行为进行刑法规制，从实然层面上，其在刑法的理论上完全符合犯罪的本质特征。高利贷不仅侵害借贷方

^①南京市中级人民法院民一庭. 南京市民间借贷纠纷案件调查报告[J]. 审判研究, 2010(4). 157-159.

利益,扰乱正常金融市场秩序,还易引发后续犯罪。从应然层面上看,民间高利贷应当入罪,如果刑法不对其进行规制,将后患无穷。同时,将其定为非法经营罪也是非常合理的。^①而反对者则主张民间高利贷不应当入罪。因为民间高利贷犯罪化有违契约自由、意志自治的基本精神,民间高利贷是市场经济下的必然产物,其存在具有相当的合理性,因而不具有应受刑罚处罚的社会危害性,也不能将民间高利贷认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。^②而就在理论上还在争辩的同时,司法实践中被冠之“首例”追究高利贷刑事责任的报道不断涌现。^③由此,民间高利贷是否应当入罪?假如民间高利贷应当入罪的理由成立,入罪的弊端是什么?如果不应当入罪,依据又是什么?该不该入罪关键不是法律适用问题,而是刑法对民间金融行为的介入底线问题。民间金融行为的功与过,是与非,对此应如何抉择?该怎样在刑法层面进行有限规制?规制的标准等等,这些都成为刑法学者所需要去面对和回答的问题。

第二节 民间借贷在转型中国金融经济体制下的生存病态

民间金融即非正规金融 (Inform finance), 世界银行将它界定为没有被中央银行或监管当局所控制的金融活动,是我国对于在国家金融体系外运行的金融活动的统称。它在人类历史中源远流长且具有极强的生命力,在我国也是一个历史悠久的物。^④“民间金融,就是为民间经济融通资金的所有非公有经济成分的资金运动”。^⑤其后,国内学者多数以资金活动是否纳入国家的金融管理体系,或者是否具有监管性为标准进行界定。^⑥近年来,越来越多的学者将民间金融界定为非正规金融、地下金融、场外金融、隐形金融或体外循环金融。

相比之下,国外学者对民间金融已基本达成共识,认为它是没有被中央银行

^①高东方. 民间高利贷的刑法规制 [J]. 新疆石油教育学院学报, 2010, (2); 孙昊、陈小炜、李德仁. 对高利贷行为基本理论及入罪合法性研究 [J]. 中国集体经济, 2010, (33).

^②邱兴隆. 民间高利贷的是是非非——一个泛刑法的分析 [EB/OL]. <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&pkid=28722>, 2013-3-20 访问.

^③佚名. 上海首次以涉嫌非法经营罪追究放高利贷人刑责 [N]. 工人日报, 2010-12-20; 佚名. 首例! 放高利贷涉嫌非法经营罪 [N]. 南京日报, 2010-5-5; 赵文明、吴林芳. 特大地下钱庄涉案数亿 拖垮多家地产公司——湖南以非法经营罪批捕首例高利贷案 [J]. 农村·农业·农民 (B 版), 2010, (2).

^④在我国历史上就曾出现过带组织性的民间金融,如“钱庄”,“号子”等.据可考的历史记载,秦汉时期的大量钱币都是由私人在铸造和经营,卓文君家就因此而富可敌国.

^⑤姜旭朝. 中国民间金融研究 [M]. 山东: 山东人民出版社, 1996. 3.

^⑥其观点认为,民间金融,泛指个体、家庭、企业之间通过绕开官方正式的金融体系而直接进行金融交易活动的行为.其具体的表现形式有民间借贷、民间互助会、储蓄互助社、地下钱庄、租赁公司、地下投资公司等.黄家骅、谢瑞巧. 台湾民间金融的发展与演变 [J]. 财贸经济, 2003, (3); 张建华、卓凯. 非正规金融、制度变迁与经济增长: 一个文献综述 [J]. 改革, 2004, (3).

监管当局所控制的金融活动，通常称为 Inform finance（非正规金融）。^①在此前提下，学者们分析了民间金融的各种主要形式，如天使融资市场（market angel）、民间自由借贷、企业社会集资、滚动储蓄信贷协会（Rotating savings and credit associations Roscas）、合会等，^②并发现，民间金融在不同国家有不同的形式，各国所谈论的话题是哪些民间金融需要规则与需要什么法律规制，而没有讨论民间金融合法化的意识。^③而作为民间金融主要方式民间借贷及其衍生出的诸多现象，则是我们下面需要讨论的范畴。

一、民间借贷界定的概念与表现形式

民间借贷，是指在不违反法律规定的前提下，资金使用方和贷款方行使个体从事经济活动的权利，在一定范围内按照自己可以接受的代价进行自由融资。理论界对“民间借贷”有多种界定。有的观点认为，应当以是否经过国家工商管理部门注册登记来界定是否属于民间借贷。有的观点认为，“民间”是相对于“官方”而言的，即民间借贷是对存在于个体经济、民营经济之间以及个体民营经济和自然人之间的融资活动的一种统称，指不是通过金融监管机关批准设立的金融机构所开展的金融活动。还有的观点直接将“民间借贷”界定为不通过法规规范的形式而进行的资金融通活动。与此相类似的阐述是，民间借贷是脱离我国货币政策和金融监管机构监管之外的，不进入官方统计报表的金融活动，或者是将民间借贷定义为没有被中央银行监管当局控制的非正式金融。比较具有代表性的观点将其阐述为“民间借贷是指金融体系中没有受到国家信用控制和监管机关监管的金融交易活动，包括非正规的金融中介和非正规的金融市场”。^④

要区分民间借贷行为和其他民间融资方式，必须严格把握民间借贷的内涵。有学者得出一种结论：应当根据产权属于谁、交易主体是谁以及借贷行为的监管主体这三项基本内在特征来概括民间借贷的内涵。^⑤由此对照分析可见，民间借贷过程中的产权属于民间借贷组织或个人所有；交易主体包括民间借贷资金需求

^① prabhu Gbate, *Informal Finance Some Findings from Asia*, Manila: Asian Development Bank & Oxford university press, 1992.

^② Montiel and Richard Agenor, *Informal financial Markets in Developing Countries*, IMF & Blackwell Publisher, 1994.

^③ See Aryeetey, E. 1997, "Informal Finance in Africa: Filling the Niche", AERC/east Mricsn Educational Publishers. Nairobi.

^④ 张书清. 民间借贷法律价值体系的重构 [J]. 上海金融, 2009, (2).

^⑤ 陈蓉. 我国民间借贷研究文献综述与评论 [A]. 李昌麒. 经济法论坛(4) [C]. 北京: 群众出版社, 2007. 35-36.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库